

VU Research Portal

De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen

de Roo, K.H.M.

published in
Ondernemingsrecht
2018

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

document license
GNU LGPL

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)
de Roo, K. H. M. (2018). De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen. *Ondernemingsrecht*, 2018(1), 3-12. [2].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen

Ondernemingsrecht 2018/2

De rechtspersoon is als ieder rechtssubject aan het recht gebonden. Het is echter niet vanzelfsprekend dat de rechtspersoon zich rechtsconform gedraagt. De rechtspersoon kan immers niet zelf handelen, maar is in de eerste plaats van het bestuur afhankelijk voor zijn deelname aan het maatschappelijk verkeer. Hierom wordt geleerd en in de rechtspraak bevestigd dat het bestuur geen beleidsvrijheid toekomt waar het de rechtspersoonlijke rechtstrouw betreft. Het bestuur is onderworpen aan een nalevingsplicht. Deze nalevingsplicht is een onderdeel van de bestuurstaak zoals deze binnen het gehele rechtspersonenrecht geldt.

In deze bijdrage staat de nalevingsplicht centraal. Daarbij wordt ten eerste ingegaan op het toepassingsbereik van de nalevingsplicht, waarbij onderscheid gemaakt wordt naar de adressaat van normen enerzijds en het type van normen anderzijds. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de typen normen die voortvloeien uit wet- en regelgeving, overeenkomsten en alternatieve regelgeving.

Nu het handelen van de rechtspersoon en daarmee zijn rechtstrouw niet uitsluitend teruggebracht kunnen worden op bestuurshandelen, wordt in dit artikel eveneens ingegaan op de vraag in hoeverre het bestuur ertoe gehouden is de rechtstrouw binnen de door de rechtspersoon gedreven onderneming te bevorderen. In dit kader wordt ingegaan op de leerstukken onrechtmatige gevaarzetting en functioneel daderschap, waarbij in relatie tot het laatste leerstuk in het bijzonder de publiekrechtelijke gevaarzetting besproken wordt. De gevaarzettingsleer wordt vervolgens aangewend om te komen tot enkele vereisten van voorzorg die de inhoud van de nalevingsplicht mede bepalen.

Ten slotte worden in dit artikel de rechtvaardigingsgronden behandeld die het bestuur ter beschikking staan. Hierbij gaat het allereerst om de rechtvaardigingsgronden van de rechtspersoon. In bijkomende orde wordt aandacht besteed aan een algemene rechtvaardigingsgrond van het bestuur in de vorm van een de minimis uitzondering. Daarbij worden tevens de argumenten voor een rechtseconomische concretisering van deze uitzondering gewogen.

1 Inleiding

De rechtspersoon behoort zich, net als iedere persoon, binnen de grenzen van het recht te begeven. Dit is een direct gevolg van het zijn van rechtssubject. De rechtstrouw van de rechtspersoon spreekt in de praktijk echter niet vanzelf. Rechtspersonen kunnen niet anders dan door tussenkomst van natuurlijke personen deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en zijn om die reden van natuurlijke personen afhankelijk voor de rechtsconformiteit van hun handelen. In de eerste plaats nemen rechtspersonen deel aan het maatschappelijk verkeer via het bestuur.² Dit doet de vraag rijzen wat het rechtspersonenrecht van het bestuur verwacht op het gebied van de naleving van rechtsnormen door de rechtspersoon. Bij raadpleging van het BW dient een sluitend antwoord op deze vraag zich niet aanstonds aan. Het bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon en moet zich ten doel stellen het belang van de rechtspersoon te bevorderen.³ De wet zwijgt echter over de vraag of dit doel alle middelen heiligt. Biedt het belang van de rechtspersoon het bestuur een recht op de overtreding van rechtsnormen? Bevat het rechtspersonenrecht een *legal right to do legal wrong*?⁴

Een overwegend deel van de rechtsleer beantwoordt deze vragen ontkennend.⁵ Het bestuur komt geen beleidsvrijheid toe waar het gaat om de naleving van rechtsnormen. Positief geformuleerd betekent dit dat op het bestuur een plicht rust om de rechtspersoon tot naleving te bewegen.⁶ Het bestuur is onderworpen aan een nalevingsplicht. De inhoud van deze rechtspersonenrechtelijke nalevingsplicht blijft echter tot op heden onderbelicht. In de literatuur is aan dit thema met name aandacht besteed vanuit het gezichtspunt van interne aansprakelijkheid. Het aansprakelijkheidsperspectief kan echter de voor het bestuur geldende gedragsnormen, die ook buiten de toepassing van aansprakelijkheidsrechte-

2 Art. 2:45/2:130/2:240/2:292 lid 1 BW.

3 Art. 2:129/2:239 lid 5 BW; C.H.C. Overes, *Rechtspersonen* (losbl.), art. 2:44, aant. 2 en art. 2:291, aant. 2 BW; W.J.M. van Veen, 'Het belang van de rechtspersoon en zijn *'raison d'être'*', WPNR 2017/7162, p. 640.

4 O.J. Herstein, 'A Legal Right to Do Legal Wrong', (2014) 34(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 21.

5 B.H.A. van Leeuwen, *Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1990, p. 45; p. 283; A.F. Verdam, 'Risk management systemen van niet-financiële ondernemingen en de in het Groenboek genoemde *'key societal risks'*', TvOB 2012/1, p. 5; B.F. Assink | W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel I), Deventer: Kluwer 2013, p. 40; M.D.H. Nelemans, *Bestuurdersaansprakelijkheid in de financiële sector*, Zutphen: Paris 2013, p. 31. Anders: M. Mussche, 'Interne bestuurdersaansprakelijkheid voor bewuste wetsovertredingen', *Ondernemingsrecht* 2013/83.

6 J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 16-17; J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 57; C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht* 2015/103; S.L. Rive, 'Bijzonderheden van bestuurdersaansprakelijkheid in de zorg', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 605-606.

1 Koen de Roo is als promovendus verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de Vrije Universiteit.

lijke toetsingsnormen van belang zijn, maar voor een deel uitlichten.⁷ Het lijkt daarom relevant om de bestuurstaak op het gebied van naleving aan een nadere beschouwing te onderwerpen.⁸ Hiertoe zal in het hiernavolgende ingegaan worden op de grondslag van de nalevingsplicht (par. 2), de reikwijdte van de nalevingsplicht met betrekking tot normadressaat en normtype (par. 3), de beheersing van nalevingsrisico binnen de onderneming (par. 4) en de rechtvaardigingsgronden die het bestuur ter beschikking staan (par. 5).

2. De grondslag van de nalevingsplicht

Ter onderbouwing van de begrenzing van de bestuurlijke beleidsvrijheid door het positieve recht wordt vaak gewezen op het publieke belang dat in formele wetgeving tot uitdrukking zou komen.⁹ De rechtspersoon dient zich door middel van het bestuur aan rechtsregels te houden omdat deze regels het publieke belang nastreven, zo is de gedachte. Op grond van deze stelling kan echter uit het oog verloren worden dat rechtsregels dikwijls strekken tot bescherming van private belangen, zoals de schuldeisersbelangen die beschermd worden door het verbod op de bedrieglijke bankbreuk (art. 341 Sr). Het is weliswaar juist dat de algemene aanvaardbaarheid van positief recht normaal gesproken zal voortvloeien uit de publiek georganiseerde en bekostigde procedurele waarborgen van het democratisch proces en de onafhankelijke rechtspraak, maar deze publieke waarborgen laten onverlet dat rechtsregels niet altijd bestaan omwille van publieke belangen.¹⁰ Het algehele samenstel van rechtsregels kan daarentegen beter beschouwd worden als een systeem dat een belangenevenwicht voorschrijft waarin zeer uiteenlopende, mogelijk conflicterende, publieke en private belangen bescherming is toegekend.¹¹ Een rechtssubject dat zich niet conform het geldende recht gedraagt, doorkruist dit rechtens beschermde belangen-evenwicht. Dit geldt in gelijke mate voor de rechtspersoon die door middel van het bestuur aan het maatschappelijk verkeer deelneemt. Wanneer het bestuur de rechtspersoon tot verboden handelen beweegt, mag daarom als uitgangspunt aangenomen worden dat hiermee de door het recht beschermde belangen ontoelaatbaar geschaad worden.¹² De begrenzing van de beleidsvrijheid van het bestuur door rechtens beschermde belangen komt eveneens tot uitdrukking in de jurisprudentie. Dit geldt allereerst voor wetgeving

die beoogt het belang van de rechtspersoon te beschermen. Uit het *Berghuizer Papierfabriek*-arrest volgt dat de naleving van wetten die beogen het belang van de rechtspersoon te beschermen tot de bestuurstaak behoort.¹³ De bescherming van het belang van de rechtspersoon is echter voor de bestuurstaak niet allesbepalend. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn veelbesproken *Cancun*-beschikking dat het bestuur zich weliswaar dient te richten naar het belang van de rechtspersoon, maar clauseleerde hij dit met de stelling dat bestuurders bij de vervulling van hun taak zorgvuldigheid moeten betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de rechtspersoon en haar onderneming betrokken zijn. Deze verplichting brengt mee, aldus de Hoge Raad, dat bestuurders bij het dienen van het belang van de rechtspersoon ervoor moeten zorgen dat daardoor de belangen – waaronder de wettelijk beschermde belangen – van al degenen die bij de rechtspersoon of haar onderneming betrokken zijn niet onnodig of onevenredig geschaad worden.¹⁴ Uit deze tournure in *Cancun* kan naar mijn mening afgeleid worden dat de in de wet vervatte bescherming van derdenbelangen eveneens in de bestuurstaak weerspiegeld wordt.¹⁵

Dat het bestuur de rechtstrouw van de rechtspersoon ook behoort te waarborgen met betrekking tot voorschriften die niet gericht zijn op het beschermen van het belang van de rechtspersoon, wordt inmiddels onderstreept door een bestendige lijn in de lagere rechtspraak. Zo was in het *Diogenes*-vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland sprake van een stichting die de ex art. 7:453 BW jo. art. 3 Kwaliteitswet zorginstellingen op haar rustende bijzondere zorgplicht geschonden had. De rechtbank oordeelde dat deze wetsovertreding de bestuurders te verwijten viel, nu met het oog op de naleving van de op de stichting rustende wettelijke zorgplicht het “hun taak als bestuurders [was] om concrete gedragsveranderingen in gang te zetten en het personeel daarbij op een adequate wijze te ondersteunen en hen daarin het goede voorbeeld te geven”.¹⁶ In een andere context, namelijk die van de door een vennootschap begane overtreding van sanctieregelgeving, oordeelde de Rechtbank Zwolle-Lelystad dat “[i]n zijn algemeenheid kan worden gezegd dat geen verstandig bestuurder er over kan twifelen dat hij bij het drijven van de onderneming zich dient te onthouden van het plegen van strafbare feiten”.¹⁷ Verder kan gewezen worden op de uitspraak van de Recht-

7 H. Drion, ‘Functies van rechtsregels in het privaatrecht’, in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 50.

8 Zo ook B.F. Assink e.a., ‘Evolutie van het aansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede’, in: B.F. Assink e.a., *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 67.

9 L. Timmerman, ‘De breedte van het vennootschapsrecht, enkele inleidende opmerkingen’, *WPNR* 2015/7048, p. 93; M. Kort, ‘Gemeinwohlbelange beim Vorstandshandeln’, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2012/24, p. 926.

10 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, p. 161.

11 H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1983, p. 221.

12 H.J. van Eikema Hommes, *De samengestelde grondbegrippen der rechtswetenschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976, p. 94; Van Eikema Hommes 1983 (noot 11), p. 223.

13 HR 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Berghuizer papierfabriek*), r.o. 3.4.5. Hoewel *Berghuizer papierfabriek* uitsluitend betrekking had op statutaire bepalingen, omvat de uit het arrest afgeleide rechtsregel ook wettelijke bepalingen die beogen het belang van de rechtspersoon te beschermen (J.B. Huizink, *Rechtspersonen* (losbl.), art. 2:9 BW, aant. 8.5).

14 HR 4 april 2014, JOR 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan (*Cancun*), r.o. 4.2.2. Met Van Schilfgaarde meen ik dat de door de Hoge Raad gebezigde woorden ‘kan meebrengen’ vervangen mogen worden door ‘brengt mee’ (P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 219).

15 Dit laat onverlet dat derdenbelangen ook onevenredig geschaad kunnen worden wanneer geen sprake is van een wetsovertreding (HR 5 juni 2009, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.10.3).

16 Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, JOR 2016/2, m.nt. S.L. Rive (*Diogenes*), r.o. 6.8.

17 Rb. Zwolle-Lelystad 25 maart 2009, RO 2009, 73, r.o. 5.4. Bevestigd door Hof Arnhem 11 januari 2011, NJF 2011/105, r.o. 2.17.

bank Amsterdam inzake *Fairstar*, waarin interne bestuurdersaansprakelijkheid vastgesteld werd wegens overtreding van effectenwetgeving door de vennootschap,¹⁸ alsook op de *Meavita*-beschikking van de Ondernemingskamer, waarbij het feit dat het bestuur van de Stichting Meavita de op de stichting rustende verplichtingen uit medezeggenschapswetgeving niet naleefde aangemerkt werd als een tekortkoming in de bestuurlijke taakvervulling.¹⁹

Deze voorbeelden uit recente jurisprudentie laten zien dat de nalevingsplicht zich in diverse feitelijke omstandigheden en ten aanzien van verschillende toepasselijke rechtsregels manifesteert als een algemene regel van Nederlands rechtspersonenrecht. Dat het niet rechtsconform handelen van rechtspersonen als ongewenst beschouwd wordt, is overigens niet een volkomen nieuw fenomeen. Zo werd de bewuste wetsovertreding bij de uitoefening van een civielrechtelijke bevoegdheid in de oudere literatuur reeds aangemerkt als rechtsmisbruik.²⁰ De Hoge Raad heeft de toepasselijkheid van dit leerstuk op de bestuursbevoegdheid uitdrukkelijk aanvaard,²¹ als gevolg waarvan Löwensteyn in 1959 al concludeerde dat een begrenzing van de beleidsvrijheid van het bestuur door het op de rechtspersoon toepasselijke recht niet meer dan vanzelfsprekend is.²² Rechtsmisbruik is evenwel te onderscheiden van de nalevingsplicht. Het leerstuk van rechtsmisbruik stelt slechts grenzen aan de vrije bevoegdheidsuitoefening, terwijl de nalevingsplicht een bepaalde bevoegdheidsuitoefening voorschrijft. Het gaat bij de nalevingsplicht derhalve niet slechts om een beperking van de vrijheid tot handelen maar ook om een beperking van de vrijheid tot nalaten.

3. Het toepassingsbereik van de nalevingsplicht

Met de dogmatische inkadering van de nalevingsplicht is haar toepassingsbereik nog niet gegeven. In het bijzonder ligt de vraag open welke normen binnen dat bereik vallen. In de beantwoording van die vraag kan een onderscheid gemaakt worden naar normadressaat en normtype.

3.1 Normadressaat

In de Duitse doctrine wordt in het kader van het toepassingsbereik van de nalevingsplicht (*Legalitätspflicht*) onderscheiden tussen zogeheten interne binding en externe

binding. Hiermee wordt bedoeld op rechtsregels die het bestuur of de bestuurders als normadressaat kennen (interne binding) respectievelijk rechtsregels die zich tot de rechtspersoon richten (externe binding).²³ Een opvatting binnen de Duitse rechtsleer wil dat de nalevingsplicht zich zowel over interne als externe binding uitstrekt.²⁴ Dit zou naar Nederlands recht bijvoorbeeld betekenen dat de nalevingsplicht het bestuur dwingt zich te houden aan de tot het bestuur gerichte rechtspersonenrechtelijke administratieplicht (art. 2:10 lid 1 BW).²⁵ Door Habersack is er evenwel terecht op gewezen dat dergelijke interne plichten – hoewel zij ontegenzeggelijk gelden – typologisch niets van doen hebben met de nalevingsplicht.²⁶ Interne plichten rusten reeds op het orgaan als zodanig, waardoor de gehoudenheid van het bestuur tot naleving reeds direct uit de toepasselijkheid van de rechtsnorm voortvloeit. Nadere ondersteuning van deze gehoudenheid in de vorm van een nalevingsplicht is daarmee overbodig. De nalevingsplicht strekt zich om deze reden slechts uit tot externe binding, te weten tot die rechtsregels die het handelen van de rechtspersoon als zodanig normeren. De verplichting van het bestuur tot naleving van normen met interne binding volgt daarentegen uit het rechtskarakter van deze normen.

Het feit dat de nalevingsplicht zich beperkt tot externe binding betekent overigens niet dat een schending van de nalevingsplicht geen effect kan sorteren in het kader van de toepassing van rechtsnormen die op het bestuur of de bestuurders betrekking hebben. Zo zal een bestuursbesluit dat in strijd is met de nalevingsplicht steeds nietig of vernietigbaar zijn (art. 2:14-2:15 en 3:40 lid 2 BW).²⁷ Ook kan een schending leiden tot interne bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW). Een persoonlijke onrechtmatige daad van een bestuurder is eveneens denkbaar in de context van een schending van de nalevingsplicht, maar benadrukking verdient dat deze persoonlijke onrechtmatigheid niet onmiddellijk uit een schending kan voortvloeien.²⁸ Als onderdeel van de bestuurstaak vult de nalevingsplicht de rechtspositie van bestuurders immers slechts in voor zover het hun ambtsuitoefening betreft. Daarbuiten, in de privésfeer van

18 Rb. Amsterdam 30 september 2015, RO 2016/4 (*Fairstar Heavy Transport NV/X*), r.o. 6.1.5-6.1.6. In vergelijkbare zin: Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2016, JOR 2017/96, m.nt. K. Frielink (*Van Nieuwburg c.s./TMF c.s.*), r.o. 3.6.4.

19 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 november 2015, JOR 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Meavita*), r.o. 13.19.

20 N. Okma, *Misbruik van recht* (diss. VU), Wageningen: Zomer en Keuning 1945, p. 176; J. Eggens, 'Over het wezen van het misbruik van recht', in: *Eggens-bundel*, Overveen: Belvédère 1998, p. 293-294. In de recente literatuur wordt rechtsmisbruik nog zelden uitdrukkelijk met wetsovertreding in verband gebracht (vgl. Mon. BW nr. A4 (Schrage), Deventer: Kluwer 2012).

21 HR 23 juli 1946, NJ 1947/1, m.nt. D.J. Veegens.

22 F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap* (diss. G.U.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 187-188.

23 K. Langenbucher, 'Rechtermittlungspflichten und Rechtsbefolgungspflichten des Vorstands – Ein Beitrag zur aktienrechtlichen Legalitätspflicht', in: *Bankgeschäfte zwischen Markt, Regulierung und Insolvenz – Festschrift für Hans-Jürgen Lwowski zum 75. Geburtstag*, München: Beck 2014, p. 333.

24 Spindler/Stilz/Fleischer, *Aktiengesetz*, 3. Auflage 2015, AktG § 93, Rn. 20.

25 Zie echter art. 52 lid 2 sub a AWR (fiscale administratieplicht), waar niet het orgaan (c.q. bestuur) maar het lichaam (c.q. rechtspersoon) als administratieplichtige aangeduid wordt.

26 M. Habersack, 'Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG', in: U. Burgard e.a. (red.), *Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag*, Keulen: Otto Schmidt 2011, p. 431-432.

27 Art. 2:14-15 BW zien op bepalingen in Boek 2 BW en art. 3:40 BW op bepalingen daarbuiten (J.B. Huizink, *Rechtspersonen* (losbl.), art. 2:14 BW, aant. 8.3). Zie voor de nauwe band tussen rechtspersonenrechtelijke en gemeenterechtelijke normen: A.F. Verdam, 'Schending van art. 2:8 BW en onrechtmatige daad', *WPNR* 2017/7163.

28 F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air', in: *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW* (ZIFO-reeks, deel 22), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 23.

de bestuurder, zijn de voor iedere persoon geldende betaalmelijkheidsnormen beslissend.²⁹

3.2 Normtype

Met een beperking tot de normen die zich richten tot de rechtspersoon is de vraag naar het toepassingsbereik niet geheel beantwoord. Rechtspersonen worden in hun deelname aan het maatschappelijk verkeer voortdurend geconfronteerd met een rijkgeschakeerde waaier van normensystemen. Zo leggen rechtspersonen zichzelf doorlopend verplichtingen op door middel van obligatoire overeenkomsten. Daarbij kan gedacht worden aan de betrekkelijk eenvoudige huurovereenkomst die de verhouding regelt tussen de voetbalvereniging en de eigenaar van het clubhuis, maar ook aan het WOR-convenant tussen de ondernemer en de ondernemingsraad, waarin aanvullende medezeggenschapsbevoegdheden vormgegeven worden (art. 32 lid 2 WOR).

Bovendien zijn beursgenoteerde vennootschappen niet slechts onderworpen aan wettelijke verplichtingen, maar worden zij eveneens genormeerd door de regels die zijn vervat in de Nederlandse Corporate Governance Code (art. 2:391 lid 5 BW). Deze tendens van toenemende alternatieve regulering, waarvan de Nederlandse Corporate Governance Code een manifestatie is, strekt zich inmiddels uit over het gehele spectrum van privaatrechtelijke rechtspersonen en laat zich zowel binnen als buiten de landsgrenzen gelden.³⁰ Gezien de veelheid, diversiteit en complexiteit van tot privaatrechtelijke rechtspersonen gerichte normen is het zaak vast te stellen welke normen langs de band van de nalevingsplicht tevens een bestuursaangelegenheid zijn.

3.2.1 Formele wetgeving, regelgevingen staande rechtspraak

De eerste en meest voor de hand liggende categorie normen die binnen het bereik van de nalevingsplicht valt, bestaat uit de bindende rechtsregels die in hoofdzaak tot uitdrukking komen in formele wetgeving, daarvan afgeleide regelgeving en rechtspraak.³¹ De procedurele waarborgen rond hun totstandkoming rechtvaardigt de veronderstelling dat deze regels een uiting zijn van het rechtens beschermde belangenevenwicht alsook dat de overtreding van deze regels leidt tot een ontoelaatbare doorkruising daarvan.³² Hierbij valt te denken aan de plicht tot het betalen van vennootschapsbelasting (art. 2 lid 1 sub a Wet VPB 1969), het verbod op mededingingsafspraken (art. 6 Mw), handelsbeperkingen en daaraan gerelateerde sanctieregelgeving (o.m. Verordening (EU) 36/2012) en milieuwetgeving (o.m. de Wet

milieubeheer en de Wet bodembescherming). In het eerste opzicht lijkt het eveneens voorstelbaar dat het respecteren van mensenrechten binnen deze categorie geschaard kan worden. Zo kunnen mensenrechten vanwege hun fundamentele karakter beschouwd worden als een 'troefkaart' waartegen ieder ander belang in een te maken afweging het onderspit moet delven.³³

Het lijkt op dit moment niettemin te vroeg om deze redenering door te trekken naar de bestuurstaak. De voortschrijdende ontwikkelingen rond de sociale verantwoordelijkheid voor het respecteren van mensenrechten hebben zich nog niet vertaald in juridisch bindende normen voor privaatrechtelijke rechtspersonen.³⁴ Dit betekent dat vooralsnog niet gesproken kan worden van een directe horizontale werking van mensenrechten waaruit rechtsplichten voor rechtspersonen voortvloeien. Het respecteren van mensenrechten valt om deze reden niet binnen het bereik van de nalevingsplicht.³⁵ In het licht van de lopende voorbereidingen voor een Verdrag inzake Bedrijven en Mensenrechten op VN-niveau is het echter mogelijk dat hier in de toekomst verandering in komt.³⁶ Bovendien zijn mensenrechten dikwijls al effectief beschermd door geldende rechtsnormen zonder als zodanig benoemd te zijn, waardoor de nalevingsplicht de beoogde sociale verantwoordelijkheid van de rechtspersoon in zoverre reeds dekt.³⁷

3.2.2 Verbintenissen uit overeenkomst

De tweede categorie van normen die behandeling behoeft vanwege haar belang voor de praktijk wordt gevormd door de geboden en verboden waaraan rechtspersonen zichzelf onderwerpen via het sluiten van overeenkomsten. De rechtskracht van deze verbintenissen uit overeenkomst is niet van een lager gehalte dan die van de plichten die uit het objectieve recht voortvloeien. Het is desalniettemin twijfelachtig of de gehoudenheid van rechtspersonen aan de door hen gesloten overeenkomsten ertoe leidt dat wanprestatie door de rechtspersoon zodanig inbreuk op juridisch beschermde belangen dat dit als regel geacht moet worden ontoelaatbare schade aan een derdenbelang te bewerkstelligen.

De bindende kracht van overeenkomsten vloeit in algemene zin voort uit de door het maatschappelijk verkeer vereiste rechtszekerheid voor contractspartijen.³⁸ Het is daarom niet de rechtvaardigheid van de door de overeenkomst vereiste prestaties, maar de rechtszekerheid als voorwaarde voor een effectieve partijautonomie die in het contractenrecht

29 Dit staat echter niet in de weg aan samenloop van de persoonlijke zorgvuldigheidsnorm en de nalevingsplicht (W.J.M. van Veen, 'Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht', *WPNR* 2016/7102, p. 273).

30 Zie voor ontwikkelingen in Nederland onder meer de Governancecode Woningbouwcorporaties 2015, de Governance Code Cultuur 2016, de NVP-Gedragscode 2016 en de Zorgbrede Governance Code 2017. Zie verder Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 285 e.v.

31 De term regelgeving wordt hier gebruikt in de zin van wetgeving krachtens delegatie.

32 Zie par. 2.

33 R. Dworkin, 'Is There a Right to Pornography?', (1981) 1 *Oxford Journal of Legal Studies* 177.

34 E. De Brabandere, 'Non-State Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations', (2009) 22 *Leiden Journal of International Law* 191, p. 192.

35 Verdam 2012 (noot 5), p. 6.

36 G. Markiewicz, 'The Logical Next Step: Motivations on the Formation of a Business and Human Rights Treaty', (2017) 26 *Minnesota Journal of International Law* 63.

37 J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht* (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2003, p. 57 en 150; E.M. van Gelder & C.M.J. Ryngaert, 'Vervolgving van ondernemingen voor schendingen van de mensenrechten: mogelijkheden naar Nederlands strafrecht', *TBS&H* 2017/3, p. 119-120.

38 P.S. Atiyah, *Promises, Morals and Law*, Oxford: OUP 1981, p. 78-79.

centraal staat.³⁹ Als een in overeenkomsten belichaamd belangenevenwicht wel doorslaggevend zou zijn voor hun verbindende kracht zouden overeenkomsten immers slechts binden wanneer sprake is van een onderlinge evenredigheid van de verschuldigde prestaties (*iustum pretium*). Dat is naar geldend recht niet het geval.⁴⁰ De prestaties waartoe verbintenissen uit overeenkomst verplichten zijn om die reden niet per definitie te beschouwen als de kristallisatie van een door het recht gewenste belangenbescherming.⁴¹ Integendeel, onevenwichtige overeenkomsten zijn in de praktijk aan de orde van de dag.

De nalevingsplicht vertrekt vanuit de gedachte dat het bestuur ertoe verplicht is zorg te dragen dat de rechtspersoon bepaalde belangen niet onevenredig schaadt. Omdat de inhoud van een verbintenis uit overeenkomst niet zonder meer een rechtens beschermd belang vertegenwoordigt, meen ik dat de nakoming van dergelijke verbintenissen niet binnen de reikwijdte van de nalevingsplicht valt. Daarbij verdient vermelding dat dit beslist niet betekent dat hiermee het in het contractenrecht niet geaccepteerde leerstuk van de efficiënte tekortkoming – waarbij een schuldenaar vrijelijk kan kiezen tussen nakoming en schadevergoeding – via een rechtspersonenrechtelijke achterdeur alsnog geïntroduceerd wordt.⁴² De rechtspersoon is als zodanig onverkort verbonden door de door hem gesloten overeenkomsten zoals een natuurlijke persoon dat ook is. Bovendien zal wanprestatie door de rechtspersoon niet zelden indruisen tegen het belang van de rechtspersoon⁴³ en kan een tekortkoming in voorkomende gevallen eveneens een onrechtmatige daad van de rechtspersoon jegens de wederpartij of jegens een derde opleveren.⁴⁴

3.2.3 Gedragsnormen in alternatieve regelgeving

Naast de reeds aangehaalde Nederlandse Corporate Governance Code bestaat en ontstaat steeds meer alternatieve regelgeving die zich tot rechtspersonen richt.⁴⁵ Een tekenend voorbeeld zijn de vele sectorale gedragscodes die hoofdzakelijk aan specifieke activiteitenontplooiing, zoals zorgverlening en woningbouw, gebonden zijn. Onderkenning van de diversiteit binnen deze categorie van gedragsnormen leidt tot de conclusie dat hun rechtskarakter zich niet in algemene zin laat duiden. Ondanks dit obstakel van onderlinge diversiteit, kan wel een overkoepelend kenmerk aangewezen worden dat de meeste vormen van alterna-

tieve regelgeving gemeen hebben. De meeste tot rechtspersonen gerichte gedragscodes kenmerken zich door de gedeelde eigenschap dat zij gebaseerd zijn op het 'comply or explain'-principe. Dit betekent dat de normadressaat de mogelijkheid heeft om van de in deze regelgeving vervatte gedragsnormen af te wijken voor zover deze afwijking op enigerlei wijze – veelal in het jaarverslag – publiekelijk verantwoord wordt. Dit principe wordt wel beschouwd als de enige juridisch verbindende regel die als zodanig in de governance code systematiek aangewezen kan worden.⁴⁶ Het verbindend karakter van deze vormen van alternatieve regelgeving gaat echter niet verder dan de verplichting tot publieke verantwoording en strekt zich daarom niet uit tot de in deze regelgeving vervatte normen. De mogelijkheid van afwijking maakt daarentegen dat deze gedragsnormen de rechtspersoon niet als zodanig binden en daarom niet onder de nalevingsplicht vallen.

Als uitgangspunt geldt derhalve dat de in alternatieve regelgeving uitgesproken ambities (*best practices*) als zodanig bindende rechtskracht ontberen.⁴⁷ Dit laat onverlet dat niet-bindende gedragsnormen kunnen doorwerken in op de rechtspersoon toepasselijke open normen, zoals de plicht tot bevordering van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen (art. 2 lid 1 WOR) en de gemeenrechtelijke maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162 lid 2 BW). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat dit soort open normen niet zelden aan de hand van door de markt voortgebrachte gedragsnormen geconcretiseerd worden.⁴⁸ Ook is het denkbaar dat zelfstandige gedragsnormen zich in de praktijk ontwikkelen tot algemeen gewoonterecht dan wel sectoraal geldende maatschappelijke betamelijkheidsnormen.⁴⁹ Buiten deze specifieke gevallen kunnen de in alternatieve regelgeving vervatte normen echter niet onder de nalevingsplicht geschaard worden, nu zij niet als zodanig rechtens beschermde belangen vertegenwoordigen.

4. Beheersing van nalevingsrisico binnen de onderneming

In het voorgaande is de nalevingsplicht impliciet besproken in verband met het eigen handelen van het bestuur. De activiteiten van een rechtspersoon zijn in de praktijk echter

39 Asser/Hijma 7-I* 2013/212.

40 F.W. Grosheide, 'Iustum Pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid', WPNR 1996/6227, p. 436.

41 Dit laat onverlet dat de plicht tot schadevergoeding wegens wanprestatie wel onder de nalevingsplicht valt. Het betreft hier immers een wettelijke plicht (art. 6:74 lid 1 BW).

42 D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 108-133.

43 Zo oordeelde de Ondernemingskamer in zijn OGEM-beschikking dat pogingen tot aantasting van een overeengekomen afvloeiingsregeling tussen de vennootschap en een oud-bestuurder getuigde van wanbeleid vanwege de reputatieschade die dit voor de vennootschap veroorzaakte (Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 december 1987, NV 66/2, jrg. 1988, p. 80).

44 HR 24 september 2004, NJ 2008/587, m.nt. Du Perron (*Vleesmeesters/Alog*).

45 Kritisch over deze "wildgroei": M. Lückers-Rovers, 'Sectoroverstijgende code voor goed bestuur is verder weg dan ooit', *Het Financieel Dagblad* (22 februari 2017), p. 9.

46 A.F. Verdam, 'De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon', *O&F* 2010 (18) 2, p. 106; J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'De Corporate Governance Code als bron van ondernemingsrecht in enquêtezaken', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Deventer: Kluwer 2011, p. 216-217.

47 Vgl. *In re The Walt Disney Co. Deriv. Litig.*, 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005): "Aspirational ideals of good governance for boards of directors that go beyond the minimal legal requirements of the corporation law are highly desirable, often tend to benefit stockholders, sometimes reduce litigation and can usually help directors avoid liability. But they are not required by the corporation law and do not define standards of liability."

48 Zie onder meer HR 2 maart 2001, NJ 2001/649 (*Trombose*), r.o. 3.3.3; HR 13 juli 2007, NJ 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN AMRO*), r.o. 4.4; HR 18 april 2014, NJ 2015/20, m.nt. Mendel en Krans (*Achmea/Rijnberg*), r.o. 5.2.1. Hiertoe: K.H.M. de Roo, 'De Corporate Governance Code en het drijfzand van de open norm', AA 2015/4.

49 H.C.F. Schoordijk, 'De normen van maatschappelijke betamelijkheid in sport en spel', WPNR 1991/6022-6023.

niet steeds volledig terug te brengen op bestuurshandelen. Integendeel, veel rechtspersonen ontplooiën hun activiteiten door leiding te geven aan een onderneming waarbinnen dikwijls veel personen actief zijn.⁵⁰ Het handelen van deze personen dient, evenals dat van de rechtspersonen zelf, rechtsconform te zijn. Hoewel de in de onderneming werkzame personen in de eerste plaats een eigen verantwoordelijkheid hebben voor hun persoonlijke rechtstrouw, is het belangrijk te onderkennen dat gebreken aan de rechtsconformiteit binnen de onderneming eveneens kunnen leiden tot eigen onrechtmatig of wederrechtelijk handelen van de rechtspersoon.

In de literatuur is erop gewezen dat nalevingsgebreken binnen de onderneming onrechtmatig handelen van de rechtspersoon teweeg kunnen brengen indien sprake is van onrechtmatige gevaarzetting. Daarbij is door Verdam in het bijzonder aangevoerd dat de beheersing van het risico op onrechtmatige gevaarzetting behoort tot de bestuurs-taak.⁵¹ Deze opvatting vindt steun in de jurisprudentie. Zo heeft het Hof Den Haag in *Stichting TBH* uitdrukkelijk en in algemene zin geoordeeld dat de bestuurstaak mede de plicht omvat adequate maatregelen te treffen wanneer het bestuur zich ervan bewust is dat zich binnen de onderneming misstanden voordoen of zich dreigen voor te doen.⁵² Het begrip misstanden, hoewel niet strak omlijnd, omvat naar mijn mening ten minste de overtredingen waarop de nalevingsplicht ziet.⁵³

4.1 Gevaarzetting in het privaatrecht

Een daad van gevaarzetting is een handelen of nalaten dat middellijk inbreukt op derdenbelangen door het in het leven roepen of het laten voortbestaan van een risico. Bij onrechtmatige gevaarzetting gaat het specifiek om een inbreuk op een derdenbelang die, indien deze inbreuk onmiddellijk bewerkstelligd zou worden, evident tot onrechtmatigheid zou leiden.⁵⁴ Het is staande rechtspraak van de Hoge Raad dat aan de onrechtmatigheidstoets bij gevaarzetting reeds voldaan is wanneer geschreven rechtsnormen geschonden

zijn.⁵⁵ Met betrekking tot ongeschreven rechtsnormen geldt voor het aannemen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de aanvullende eis dat het een rechtsnorm betreft die ertoe strekt belangen te beschermen waarop de dader (c.q. de rechtspersoon) bedacht moest zijn.⁵⁶

De aldus prima facie vastgestelde onrechtmatigheid kan evenwel weggenomen worden wanneer komt vast te staan dat de laedens afdoende voorzorgsmaatregelen getroffen heeft, zo volgt uit het *Kelderluik*-arrest.⁵⁷ Tegen de achtergrond van de bestuurstaak tot het treffen van adequate maatregelen tegen (dreigende) misstanden en op basis van de gevaarzettingjurisprudentie, kan daarom geconcludeerd worden dat het bestuur ter voorkoming van onrechtmatige gevaarzetting effectief beleid zal moeten voeren op de naleving van rechtsnormen ter voorkoming van onevenredige schade aan door deze normen beschermde belangen.⁵⁸ Hoe dit beleid in een concreet geval vorm moet krijgen is afhankelijk van de voorzorgverplichtingen die voor de rechtspersoon uit de gevaarzettingssleer voortvloeien.

4.2 Gevaarzetting in het publiekrecht

In aanvulling op wat opgemerkt is over onrechtmatige gevaarzetting kan verder gewezen worden op de mogelijkheid dat de rechtspersoon in publiekrechtelijk opzicht kwalificeert als functioneel dader van de overtreding van een rechtsnorm.⁵⁹ Het niet nemen van adequate maatregelen om misstanden te voorkomen kan er namelijk toe leiden dat de rechtspersoon zelf als functioneel dader een publiekrechtelijke norm overtreedt.⁶⁰ Functioneel daderschap houdt in dat een gedraging toegerekend wordt aan een persoon die door tussenkomst van een ander deze gedraging begaat. Hoewel de tussenkomende ander zelfstandig beslist of de feitelijke handeling in kwestie verricht wordt, maakt de omstandigheid dat zij zich voltrekt in verband met het doen of nalaten van de functioneel dader dat deze handeling beschouwd wordt als een gedraging van deze laatste.⁶¹ Functioneel daderschap is in de publiekrechtelijke literatuur uitdrukkelijk in verband gebracht met de gevaarzettingssleer.⁶² De publiekrechtelijke leer van de redelijke toerekening, op grond waarvan functioneel daderschap bij rechtspersonen bepaald wordt, heeft dan ook op dit gebied duidelijke raakvlakken met de *Kelderluik*-criteria. Daarbij

50 In het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2) wordt de onderneming die niet door een NV of BV gedreven wordt aangeduid als 'organisatie'. Mijns inziens is deze aanduiding ongelukkig en is het onderscheid tussen onderneming en organisatie onnodig, temeer nu het begrip organisatie ook gebruikt wordt om de interne structuur van de rechtspersoon aan te duiden (Van Veen 2017 (noot 3), p. 647). In het vervolg zal ik de term onderneming hanteren zonder mij daarmee te beperken tot kapitaalvennootschappen.

51 Verdam 2012 (noot 5), p. 5, onder verwijzing naar Hammerstein, in: Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' van 8 december 2009, p. 51.

52 Hof Den Haag 1 juni 2010, *RO* 2010/61 (*Stichting TBH*), r.o. 12. Instemmend: Asser/Rensen 2-III* 2012/334.

53 A.F. Verdam, 'De wet Huis voor klokkenluiders bezien vanuit de werkgever en zijn organisatie', *WPNR* 2016/7101, p. 251 ("Ons rechtssysteem en onze rechtsregels strekken er veelal mede toe om misstanden te voorkomen en weg te nemen, bijvoorbeeld op het gebied van milieu door milieuwetgeving, veiligheid door veiligheidsvoorschriften, met betrekking tot fraude in financiële rapportages door strafrechtelijke bepalingen, regelingen omtrent financiële publicaties, en het jaarrekeningenrecht").

54 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005/6620, p. 365-366.

55 HR 30 september 1994, *NJ* 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*), r.o. 4.3.2. Zie tevens HR 3 november 2000, *NJ* 2001/108, m.nt. A.R. Bloembergen (*ABS/Groenewegen*), r.o. 3.5.1.

56 HR 30 september 1994, *NJ* 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*), r.o. 4.3.2.

57 HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

58 In deze zin Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, *JOR* 2016/2, m.nt. S.L. Rive (*Diogenes*), r.o. 6.8.

59 In het bestuursrecht wordt aangesloten bij het strafrechtelijk functioneel daderschapsbegrip (*Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3 (MvT), p. 78-80).

60 S.M. Peek & S. Marić, 'Verlichting van het internationaal sanctieregime ten aanzien van Iran', *Ondernemingsrecht* 2016/106 (p. 527-528).

61 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 159-160; M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2016, p. 25; A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Nijmegen: WLP 2014, p. 262-264.

62 Postma 2014 (noot 61), p. 278-279; Hornman 2016 (noot 61), p. 31-32.

kan met name gewezen worden op het in het *Drijfmest*-arrest geformuleerde sfeercriterium, waarbij de omstandigheid dat de verdachte “erover vermocht te beschikken of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens de loop van zaken door [verdachte] werd aanvaard of placht te worden aanvaard” een belangrijke rol speelt.⁶³ Van bijzonder belang is dat onder dit aanvaarden tevens begrepen wordt “het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging”.⁶⁴ De gelijkenis tussen deze overweging en de in het *Kelderluik*-arrest uiteengezette functie van genomen voorzorgsmaatregelen binnen de beoordeling van onrechtmatige gevaarzetting is treffend.⁶⁵ In beide gevallen is de rechtsconformiteit van het rechtspersoonlijk handelen afhankelijk van de mate van voorzorg die betracht is in het licht van een voorliggend risico.⁶⁶ Het is om deze reden goed verdedigbaar dat de nalevingsplicht met betrekking tot publiekrechtelijke gevaarzetting niet anders ingevuld wordt dan met betrekking tot privaatrechtelijke gevaarzetting.

4.3 De vereiste voorzorg

De uit hoofde van de gevaarzettingsleer vereiste voorzorgsmaatregelen zijn steeds afhankelijk van de omstandigheden waarin een rechtspersoon zich bevindt. De instrumenten die het bestuur ter hand behoort te nemen voor de beheersing van nalevingsrisico zullen daarom per rechtspersoon en al naar gelang de activiteiten die de rechtspersoon ontplooit verschillen.⁶⁷ Het is op deze plaats dan ook niet mogelijk een uitputtende catalogoog van voorzorgsmaatregelen weer te geven die in verschillende configuraties voor alle denkbare feitelijke omstandigheden een adequaat systeem van nalevingsrisicobeheersing kunnen bewerkstelligen. In de jurisprudentie zijn evenwel enkele voor de bepaling van de vereiste voorzorg richtinggevend gezichtspunten ontwikkeld. Deze gezichtspunten laten zich beknopt samenvatten in de eis dat de bezwaarlijkheid van de vereiste voorzorg tegen de omvang en de ernst van het voorliggende risico afgewogen moet worden.⁶⁸ Naarmate het risico waarmee de rechtspersoon geconfronteerd wordt kleiner en/of minder ernstig is, zullen derhalve minder of minder ingrijpende voorzorgsmaatregelen geëigend zijn. Het bestuur behoort deze afweging te maken en ten grondslag te leggen aan de vormgeving van zijn nalevingsbeleid.⁶⁹

Het komt mij voor dat de vereiste afweging van bezwaarlijkheid en risico in de eerste plaats betekent dat de te nemen maatregelen geschikt en noodzakelijk zijn voor de beoogde preventie van normovertredingen.⁷⁰ Het optuigen van een compliance bouwwerk als cosmetische ingreep – waarbij de voor de buitenwacht gepropageerde introductie van controlesystemen binnen de onderneming betrekkelijk weinig voorstelt – kan immers bezwaarlijk gelden als het voldoen aan enige vorm van vereiste voorzorg.⁷¹ Daarnaast leidt de bezwaarlijkheden toets ertoe dat het bestuur bij voorliggende gelijkwaardige alternatieven slechts die maatregelen behoort in te stellen welke naar zijn oordeel het belang van de rechtspersoon het minste schaden.⁷² Iedere vorm van onnodige schade aan het belang van de rechtspersoon komt per slot van rekening in strijd met de taaknormering van het bestuur. Verder laat het zich denken dat de kosten, de tijd en de moeite die gepaard gaan met het voortdurend in stand houden van bepaalde voorzorgsmaatregelen in geen verhouding staan tot het risico op een normovertreding.⁷³ Zo zal niet van een lokale kaartclub verwacht kunnen worden dat zij een interne compliance functie in stand houdt die correleert met het risicoprofiel van een internationaal beursfonds. Ten slotte spreekt het voor zich dat het nalevingsbeleid niet in strijd mag komen met geldende rechtsnormen. Nalevingsbeleid zal daarom geformuleerd en geïmplementeerd moeten worden met inachtneming van de grenzen die het recht stelt aan controlesystemen, waaronder bijvoorbeeld de bescherming tegen privacy-inbreuken die vervat is in de Wet bescherming persoonsgegevens.⁷⁴

5. Rechtvaardigingsgronden

Niet iedere overtreding van een rechtsnorm hoeft te leiden tot een gebrekkige rechtstrouw van de rechtspersoon. In bepaalde omstandigheden kan de overtreding van een rechtsnorm gerechtvaardigd zijn. De rechtvaardigingsgronden die onrechtmatigheid of wederrechtelijkheid van het handelen van de rechtspersoon wegnemen, gelden eveneens voor het bestuur met betrekking tot de nalevingsplicht.⁷⁵ Indien immers voor het handelen van de rechtspersoon een rechtvaardigingsgrond bestaat, leidt dit tot het wegnemen van de onrechtmatigheid of wederrechtelijkheid van de overtreding door de rechtspersoon en daarmee tevens tot het wegnemen van de schending van de nalevingsplicht. Een voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond die relevant is in het kader van de nalevingsplicht is overmacht. Zo behoeft het bestuur als regel aan de dreiging van een

63 HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*), r.o. 3.4. Deze omstandigheid werd voor het eerst geformuleerd in HR 23 februari 1954, NJ 1954/378, m.nt. B.V.A. Röling (*Ijzerdraad*).

64 HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*), r.o. 3.4.

65 Zie M.J. Hornman, ‘Concretisering van redelijke toerekening: invulling van de Drijfmestcriteria in de feitenrechtspraak’, *DD* 2010/23 (onder verwijzing naar C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Bju 2000).

66 De Hullu 2015 (noot 61), p. 174.

67 Zie voor de beheersing van nalevingsrisico in de praktijk A.J.S.M. Tervoort e.a. (red.), *Be (A)ware – Legal Risk Management & Compliance* (NGB-bundel 1930–2015), Den Haag: Sdu 2015.

68 HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*); HR 6 oktober 1995, NJ 1998/190, m.nt. C.J.H. Brunner (*Turnster*); C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: OUP 2013, p. 235.

69 Verdam 2012 (noot 5), p. 5.

70 Zie ook G.J. Scholten in zijn noot bij HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (*Kelderluik*), waar hij stelt dat de vereiste oplettendheid geïnterpreteerd moet worden als een ‘nodige’ oplettendheid.

71 K.D. Krawiec, ‘Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance’, (2003) 81 *Washington University Law Quarterly* 487.

72 J. Reichert, ‘Corporate Compliance und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit’, in: *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2013, p. 951.

73 Van Dam 2000 (noot 65), p. 205–206.

74 Zie J.M.A. Berkvens, ‘Onderneming en Wet bescherming persoonsgegevens’, in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten & A.F. Verdam (red.), *En na de crisis?* (NGB-bundel 1930–2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 47 e.v.

75 Art. 6:162 lid 2 BW, art. 40–43 Sr, art. 5:5 Awb.

faillissement geen weerstand te bieden omwille van de nalevingsplicht.⁷⁶ Ook laat zich de aanwezigheid van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel als rechtvaardigingsgrond denken, zoals de ministeriële aanwijzing die verband houdt met het algemeen volkshuisvestelijk belang en gericht is tot een woningcorporatie.⁷⁷ De aanwezigheid van deze of andere rechtvaardigingsgronden staat zonder meer aan de schending van de nalevingsplicht in de weg.

5.1 De minimis uitzondering

Naast de voor het handelen van de rechtspersoon geldende rechtvaardigingsgronden bestaat er mijns inziens naar geldend recht ook een zelfstandige rechtvaardigingsgrond met betrekking tot schendingen van de nalevingsplicht. In het voorgaande is als uitgangspunt volgehouden dat rechtsnormen te allen tijde een bepaald belang beschermen als ook dat iedere overtreding van een rechtsnorm tot gevolg heeft dat het rechtens beschermde belang ontoelaatbaar geschaad wordt. Hoewel dit uitgangspunt in het bijzonder waar het gaat om wettelijke normen steun vindt in de wet en de jurisprudentie,⁷⁸ lijkt het onjuist uit deze steun af te leiden dat op het uitgangspunt geen uitzonderingen bestaan. Op grond van het proportionaliteitsbeginsel, zoals dit eveneens tot uitdrukking komt in de *Cancun*-beschikking van de Hoge Raad, behoeft het bestuur immers slechts dan het belang van de rechtspersoon achter te stellen ten opzichte van derdenbelangen indien sprake is van *onevenredige* schade aan deze derdenbelangen.⁷⁹

Deze evenredigheidstoets is ook voor de reikwijdte van de nalevingsplicht relevant. Het is namelijk zeer wel denkbaar dat de overtreding van een bepaalde rechtsnorm in een voorliggend geval niet tot het voorzienbare gevolg leidt dat een derdenbelang onevenredig geschaad wordt. In dergelijke gevallen kan niet van een schending van de nalevingsplicht gesproken worden. Er bestaat derhalve een de minimis uitzondering op de nalevingsplicht. Hierbij gaat het om de vraag of de in een concreet geval in het geding zijnde belangen door een normschending ontoelaatbaar onevenredig geschaad worden. Het antwoord op deze vraag laat zich eenvoudig denken voor extreme gevalstypen. Zo is rechtvaardiging niet goed voorstelbaar voor het niet waken voor beleidsmatige ambtelijke omkoping, terwijl het veelgebruikte voorbeeld van het incidenteel negeren van lokale parkeerverboden door een koeriersbedrijf eerder voor gerechtvaardigd gehouden zal worden.⁸⁰ Waar echter precies de grens van ontoelaatbaarheid ligt in gevallen die zich tussen deze uitersten bevinden, is niet voorshands duidelijk. In de literatuur is desalniettemin gepoogd tot een meer hanterbare toets te komen.

76 Vgl. HR 14 december 1948, *NJ* 1949/550. In vergelijkbare zin met betrekking tot de naleving van statuten: D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 37. Zie tevens art. 3 lid 4 Besluit bekendmaking niet-financiële informatie.

77 Rb. Oost Brabant 20 november 2013, *JOR* 2014/90 (*Servatius*).

78 Zie onder meer art. 6:162 lid 2 BW; art. 3:14 BW; HR 30 september 1994, *NJ* 1996/199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*), r.o. 4.3.2.

79 Van Schilfgaarde 2016 (noot 14), p. 219.

80 Mussche 2013 (noot 5); D.A. Verse, 'Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgment Rule?', *ZGR* 2017/2, p. 185.

5.2 De leer van de efficiënte wetsovertreding

De prominentste suggestie voor een concretisering van de evenredigheidstoets is de leer van de efficiënte wetsovertreding. Volgens deze leer is een wetsovertreding niet ontoelaatbaar voor zover zij ex ante bezien winstgevend is voor de rechtspersoon.⁸¹ Aan de basis van deze opvatting ligt de gedachte dat de maatschappelijke kosten van een wetsovertreding zijn verdisconteerd in de wettelijk daarop gestelde sanctie. Deze aanname – ook bekend als de 'law as price'-aanname – komt erop neer dat sancties op wetsovertredingen in werkelijkheid slechts prijzen zijn waarmee het 'recht op wetsovertreding' gekocht kan worden.⁸² Wanneer de wetsovertreding begaan wordt, compenseert de rechtspersoon het maatschappelijk nadeel door betaling van deze prijs, als gevolg waarvan volgens deze leer de collectieve welvaart geen schade aangedaan wordt. Aldus zou in economische termen Pareto-efficiëntie bereikt worden, te weten een collectieve welvaartsstijging die niet met een individuele welvaartsdaling gepaard gaat.⁸³

Door 'law as price'-theoretici wordt verschillend gedacht over de mate waarin wettelijke sancties als beprijzing beschouwd kunnen worden. Zo wordt door sommigen gesteld dat geen sprake is van beprijzing wanneer het gaat om een rechtsnorm die ziet op een moreel verwerpelijke gedraging, zoals een geweldsmisdrijf.⁸⁴ Door anderen wordt verdedigd dat geen sprake is van beprijzing wanneer wetsovertreding tot een scherpe en abrupte kostenstijging leidt bij de overtreder.⁸⁵ De achterliggende gedachte blijft echter bij deze onderling verschillende varianten dezelfde. Wetsovertredingen met een ex ante positieve verwachtingswaarde voor de rechtspersoon zijn volgens de leer van de efficiënte wetsovertreding niet ontoelaatbaar.⁸⁶ De elegantie van deze vereenvoudigde evenredigheidstoets ten spijt, kleven er enkele problemen aan de leer. Zij houden verband met de mogelijkheden tot het uitvoeren van een nauwkeurige kosten-baten analyse, de juistheid van de 'law as price'-aanname, en het juridisch gewicht van economische argumenten.

5.2.1 Besturen is geen exacte wetenschap

Ten eerste gaat de leer van de efficiënte wetsovertreding ervan uit dat het bestuur in staat is nauwkeurige kosten-baten analyses aan beleidskeuzes ten grondslag te leggen. Bestu-

81 Mussche 2013 (noot 5); F.H. Easterbrook & D.R. Fischel, 'Anti-trust suits by targets of tender offers', (1982) 80 *Michigan Law Review* 1155, p. 1168.

82 H. Fleischer, 'Aktienrechtliche Legalitätspflicht und "nützliche" Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern', *ZIP* 2005/141, p. 147. De 'law as price'-aanname is nauw verbonden met de rechtsopvatting van Oliver Wendell Holmes, wie stelde dat "a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court" (O.W. Holmes, 'The Path of the Law', (1897) 10 *Harvard Law Review* 457, p. 458).

83 Deze maatstaf laat zich onderscheiden van Kaldor-Hicks efficiëntie, waarbij collectieve welvaartsstijging gepaard kan gaan met individueel nadeel (R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Publishers 2007, p. 13).

84 Easterbrook & Fischel 1982 (noot 81); S.L. Pepper, 'Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering', (1995) 104 *Yale Law Journal* 1548, p. 1576-1577.

85 R. Cooter, 'Prices and Sanctions', (1984) *Columbia Law Review* 1523, p. 1523-1524; Mussche 2013 (noot 5).

86 Mussche 2013 (noot 5).

ren is echter geen exacte wetenschap. Hoewel vaak gemeeneerd wordt dat besturen het opereren in een omgeving van risico betekent, is het preciezer om te stellen dat het gaat om een omgeving van onzekerheid. Grof gesteld is risico deelbaar in twee categorieën: objectief meetbare waarschijnlijkheid en (de in de praktijk ruimschoots meest voorkomende) niet objectief meetbare waarschijnlijkheid. In de terminologie van de econoom Frank Knight heet deze laatste categorie onzekerheid. Over de vraag in welke categorie van risico de door het bestuur te maken ondernemingsbeslissingen vallen, is Knight helder:

“Business decisions, for example, deal with situations which are far too unique, generally speaking, for any sort of statistical tabulation to have any value for guidance. The concept of objectively measurable probability of chance is simply inapplicable.”⁸⁷

Dat onzekerheid inherent is aan de bestuursfunctie komt ook tot uitdrukking in het debat rond de terughoudendheid bij de rechterlijke beoordeling van bestuursbeleid. Precies om de reden dat exacte wetenschap vooraf niet van het bestuur gevegd kan worden, kan het ongepast zijn om met volledige wijsheid achteraf de reeds genomen bestuursbeslissing substantief te beoordelen.⁸⁸ Dit is van bijzonder belang voor de waardering van de stelling dat het bestuur in staat is bewust een efficiënte wetsovertreding te begaan. Het inzicht dat bestuursbeleid geformuleerd wordt in een omgeving van onzekerheid, legt bloot dat een ex ante berekening van de verwachtingswaarden van bestuursbeslissingen in de regel simpelweg onmogelijk is.⁸⁹ Voor zover het bestuur niettemin tot een poging tot kansberekening overgaat, is het bovendien niet ondenkbaar dat de kwaliteit van de daarvoor noodzakelijke waarschijnlijkheidsschattingen negatief beïnvloed wordt door cognitieve fouten bij bestuurders en werknemers van de rechtspersoon.⁹⁰ Door desondanks uit te gaan van de onfeilbaarheid van door het bestuur te maken berekeningen wekt de leer van de efficiënte wetsovertreding verkeerde verwachtingen.⁹¹

5.2.2 Wettelijke sancties zijn geen kostendekkende prijzen

Het is hiernaast twijfelachtig of de centrale stelling van de ‘law as price’-aannee volledig werkelijkheidsgetrouw is. Deze aanname stelt ten eerste dat wettelijke sancties altijd maatschappelijke kosten weerspiegelen. Zoals Kortmann echter treffend opgemerkt heeft, betekent het bestaan van

inkomensafhankelijke verkeersboetes geenszins dat verkeersovertradingen begaan door personen met een hoog inkomen de maatschappij meer schade berokkenen dan dezelfde overtradingen begaan door Jan Modaal.⁹² Daar komt bij, dat zelfs wanneer maatschappelijke kosten correct in sancties verdisconteerd zouden zijn, het enkele optreden van (minieme) inflatie er al toe zou leiden dat de eenmaal vastgestelde sancties niet meer kostendekkend zijn.⁹³ De ‘law as price’-aannee houdt daarom vanuit dit vergoedingsperspectief geen stand.

Het is bovendien de vraag of sancties in alle bestuurskamers als prijzen beschouwd worden in de gebruikelijke zin van het woord. Het is immers heel wel denkbaar dat een bestuurder niet de volledige sanctie in het vizier houdt, maar juist de omstandigheid dat de ‘pakkans’ niet 100% is zal meewegen. Een rationele en wetsovertredingsgezinde bestuurder zal sancties niet als vaststaande prijzen, maar slechts als compliance-risico’s willen beoordelen.⁹⁴ Uit onderzoek naar de naleving van de Amerikaanse *Foreign Corrupt Practices Act* is gebleken dat het sanctieniveau voor de hierin strafbaar gestelde omkopingsdelicten, gegeven dat de pakkans niet maximaal is, negen keer te laag is om de genoemde rationele bestuurder effectief te kunnen afschrikken.⁹⁵ Dit geeft te denken over de vraag of afschrikking überhaupt bereikt kan worden door het stellen van zeer precieze sancties die in ieder concreet geval de kosten-baten analyse tot een maatschappelijk wenselijke uitkomst brengen.

5.2.3 Kosten-baten analyse kan niet juridisch doorslaggevend zijn

De meer fundamentele vraag is ten slotte of de juridische evenredigheidstoets zich volledig laat vervangen door een economische berekening die in het belang van de rechtspersoon gemaakt wordt. Niet alle rechtsregels dienen ertoe de economische welvaart van rechtspersonen te optimaliseren. Het is daarom onjuist te veronderstellen dat een keuze die vanuit economisch oogpunt rationeel is voor de rechtspersoon, daarmee ook als een juridisch toelaatbare keuze stand houdt.⁹⁶ Door efficiëntie als rechtvaardigingsgrond naar voren te brengen miskent de leer van de efficiënte wetsovertreding het normatieve karakter van rechtsregels.⁹⁷ Rechtspersonen hebben anders gesteld misschien wel de feitelijke macht, maar beslist niet om die reden het recht om het eigen economisch belang structureel boven

87 F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston-New York: Houghton Mifflin Company 1921, p. 19-20.

88 H. Spamann, ‘Monetary Liability for Breach of the Duty of Care?’, (2016) 8 *Journal of Legal Analysis* 337, p. 357.

89 A. Belcher, ‘Something distinctly not of this character’: how Knightian uncertainty is relevant to corporate governance’, (2008) 28(1) *Legal Studies* 46, p. 47.

90 D.C. Langevoort, ‘The Behavioral Economics of Corporate Compliance With Law’, (2002) 1 *Columbia Business Law Review* 71, p. 83-90.

91 B.J. de Jong, ‘Rechtseconomische grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 70.

92 J.S. Kortmann, ‘De bewuste wetsovertreding: geen “onbehoorlijk bestuur”’, *Ondernemingsrecht* 2013/84. Sancties kunnen ook boven het niveau van de maatschappelijke kosten gesteld worden om aldus risicomijdend gedrag te bevorderen (Posner 2007 (noot 83), p. 222).

93 J.C. Coffee, Jr., ‘Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering between Scylla and Charybdis’, (1984) 53 *George Washington Law Review* 789, p. 794.

94 C.A. Williams, ‘Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency’, (1998) 76 *North Carolina Law Review* 1265, p. 1279-1280; K. Greenfield, ‘Ultra Vires Lives! A Stakeholder Analysis of Corporate Illegality (With Notes On How Corporate Law Could Reinforce Legal Norms)’, (2001) 87 *Vanderbilt Law Review* 1279, p. 1292.

95 D.C. Langevoort, ‘Cultures of Compliance’, (2017) 54 *American Criminal Law Review* 933, p. 938.

96 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1997, p. 92.

97 Williams 1998 (noot 94), p. 1268.

de rechtens beschermde belangen van derden te stellen. Reeds hierom, en in het bijzonder bezien in samenhang met de praktische en theoretische gebreken van de 'law as price'-aanneمة, kan de evenredigheidstoets bij wetsovertredingen niet gereduceerd worden tot een berekening die uitsluitend de economische welvaart van de rechtspersoon vooropstelt.⁹⁸

5.3 *Evenredigheidstoets vereist belangenafweging*

De reden dat pogingen tot concretisering van de evenredigheidstoets in het kader van een de minimis uitzondering op de nalevingsplicht niet slagen, is dat deze rechtvaardigingsgrond contextbepaald is. Zij laat zich niet tot grofmazige kaders terugbrengen. Zoals Meijers reeds opmerkte met betrekking tot het leerstuk van rechtsmisbruik is voor de bepaling van ontoelaatbaarheid ook hier "niet een mechanische afweging van voor- en nadeel" beslissend.⁹⁹ Wat het toebrengen van schade aan een derdenbelang in een bepaald geval ontoelaatbaar maakt, is daarentegen afhankelijk van de omstandigheden waarin dit geval is ingebed en de belangen die daarbij betrokken zijn.¹⁰⁰ Dit laat onverlet dat de leer van de efficiënte wetsovertreding de toepassing van de evenredigheidstoets wel kan informeren. Economische inzichten kunnen met name bij de toepassing van deze toets op rechtspersonen die winst nastreven meespelen bij de bepaling van de mate waarin het belang van de rechtspersoon met een beleidskeuze gediend is. Het verdient echter benadrukking dat deze functie van de kosten-baten analyse beperkt is. Zij kan in het kader van de juridische evenredigheidstoets uitsluitend fungeren in de hoedanigheid van factor en niet als regel.

6. Conclusie

Rechtspersonen nemen deel aan het maatschappelijk verkeer en worden daarbij zoals iedere persoon genormeerd door het geldende recht. Hoe deze normering zich vertaalt naar het rechtsconform handelen van rechtspersonen laat zich echter niet eenvoudig uit de wet afleiden. Boek 2 BW stelt waar het gaat om de rol van het bestuur met name de mogelijke aansprakelijkheid van bestuursleden centraal. Dit richt de aandacht in hoofdzaak op de vraag of een normovertreding kan leiden tot interne bestuurdersaansprakelijkheid wegens het handelen in strijd met het belang van de rechtspersoon. Deze nadruk op het rechtspersonsbelang lijkt evenwel een belangrijk deel van de bestuurstaak op het gebied van naleving buiten het blikveld van de rechtsleer te houden. Met deze bijdrage is beoogd de onduidelijkheden op dit gebied nader uit te lichten. Daartoe is niet het eigen belang maar de vereiste rechtstrouw van de rechtspersoon centraal gesteld.

De rechtstrouw van de rechtspersoon wordt in het rechtspersonenrecht bevorderd door de tot de bestuurstaak behorende nalevingsplicht. De nalevingsplicht manifesteert zich in de eerste plaats als een tot het bestuur gericht gebod de rechtspersoon tot de naleving van rechtsnormen te bewegen. Het gaat daarbij in het bijzonder om de naleving van formele wetgeving, regelgeving en de normen die in de rechtspraak ontwikkeld zijn. Het bestuur is bovendien verplicht tot het nemen van voorzorgsmaatregelen om onrechtmatige of wederrechtelijke gevaarstelling te voorkomen. Een en ander betekent niet dat iedere overtreding door de rechtspersoon onmiddellijk leidt tot een schending van de nalevingsplicht door het bestuur. Indien een rechtvaardigingsgrond bestaat voor de overtreding van een rechtsnorm door de rechtspersoon heeft dit tot gevolg dat de nalevingsplicht niet door het bestuur geschonden is. De nalevingsplicht is evenmin geschonden wanneer de overtreding van de rechtsnorm niet leidt tot onevenredige schade aan een derdenbelang. Deze evenredigheidstoets kan niet gereduceerd worden tot een op de economische welvaart van de rechtspersoon gebaseerde kosten-baten analyse, maar vereist een afweging van de in een voorliggend geval betrokken belangen.

98 Bovendien is het denkbaar dat massale wetsovertreding op gronden van micro-eficiënte (d.i. een stijging van de welvaart van de rechtspersoon) macro-inefficiënte (d.i. een daling van de algehele welvaart) tot gevolg heeft (De Jong 2017 (noot 91), p. 71).

99 Parl. Gesch. BW Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1039.

100 P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 40.